

NOVO REGIME DE TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS

I. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Com a entrada em vigor da Lei que aprovou o Orçamento do Estado para 2011 (LOE 2011), o regime de eliminação da dupla tributação de lucros distribuídos foi profundamente alterado esperando-se que, das modificações introduzidas, resulte um agravamento da carga fiscal especialmente para os grupos de sociedades.

As principais alterações, em vigor desde 1 de Janeiro de 2011, são as seguintes:

- A isenção de IRC aplicável aos lucros distribuídos por entidades residentes em Portugal a entidades residentes na UE¹ passa a estar disponível apenas quando a entidade beneficiária detenha, directamente, uma participação social no capital social da participada não inferior a 10% e desde que esta tenha permanecido na respectiva titularidade, de modo ininterrupto, durante um ano (anteriormente a isenção estava igualmente disponível sempre que a beneficiária detivesse uma participação com um custo de aquisição não inferior a Eur. 20 milhões).

Esta medida penaliza, sobretudo, as empresas europeias que detenham participações em sociedades nacionais com uma elevada dispersão do respectivo capital social, como sucede com as sociedades cotadas.

- A nível interno, passa a existir um regime fiscal transversal a todas as sociedades, independentemente de as beneficiárias serem sociedades comerciais ditas "normais", ou sociedades gestoras de participações sociais (SGPS).

Recorda-se que as SGPS beneficiavam de uma dispensa dos requisitos exigidos no Código do IRC para as sociedades em geral, quanto à percentagem ou ao valor de aquisição detido nas sociedades participadas para efeitos da eliminação da dupla tributação económica dos lucros que lhes eram distribuídos.

"Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano"

Chambers Europe Excellence 2009, IFLR Awards 2006 & Who's Who legal Awards 2006, 2008, 2009, 2010

"Melhor Sociedade de Advocacia de negócios da Europa do Sul"

ACQ Finance Magazine, 2009

"Melhor Sociedade de Advogados no Serviço ao Cliente"

Clients Choice Award - International Law Office, 2008, 2010

"Melhor Departamento Fiscal do Ano"

International Tax Review - Tax Awards 2006, 2008

Prémio Mind Leaders Awards™

Human Resources Suppliers 2007

¹ Nos termos e condições estabelecidas no artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho (entretanto alterada pela Directiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003), adiante designada por Directiva Mãe-Filhas.

NOVO REGIME DE TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS

- A isenção de 100% dos lucros recebidos passa a estar dependente dos seguintes requisitos (para uma análise mais detalhada do regime vide a nota de rodapé infra²):

- A entidade beneficiária dos lucros passa a estar obrigada a deter uma participação não inferior a 10% no capital social da participada (anteriormente a isenção estava igualmente disponível sempre que a beneficiária detivesse uma participação com um custo de aquisição não inferior a Eur. 20 milhões);

ainda que,

- Os lucros auferidos devam ter sido previamente sujeitos a *tributação efectiva* (anteriormente as SGPS estavam dispensadas da verificação deste requisito).

- Finalmente, e para efeitos da aplicação do RETGS - Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (antigo regime da consolidação fiscal), os lucros distribuídos entre as sociedades que integrem o perímetro da consolidação deixam de poder ser desconsiderados no apuramento do lucro tributável consolidado.

II. APRECIACÃO CRÍTICA DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS

1. Introdução

As alterações introduzidas pela LOE 2011 constituem um duro revés no regime de tributação dos lucros, constituindo um factor perturbador dos modelos clássicos de organização dos grupos económicos portugueses.

Na verdade, a prévia sujeição da aplicação da isenção ao requisito da *tributação efectiva*, sem cuidar da densificação deste conceito, introduz incerteza no sistema e, como tal, pode contribuir para a reestruturação ou deslocalização dos grupos económicos.

Por outro lado, ao criar-se um regime fiscal transversal a todas as sociedades, amputam-se as SGPS de parte substancial do regime fiscal mais favorável que lhes era aplicável e que resultava do reconhecimento pelo legislador das suas especificidades.

Deve ainda sublinhar-se que o novo regime, ao não assegurar a triagem dos modelos de organização societária legítimos daqueles que possam ser considerados abusivos, conduz inevitavelmente a situações de discriminação não fundamentada, penalizando as estruturas mais complexas, organizadas em diferentes níveis, face às restantes, pondo assim em causa a neutralidade da interposição de sociedades em cadeia.

2. O conceito de *tributação efectiva*

Várias dúvidas se levantam quanto ao modo como o conceito de *tributação efectiva* deverá ser interpretado.

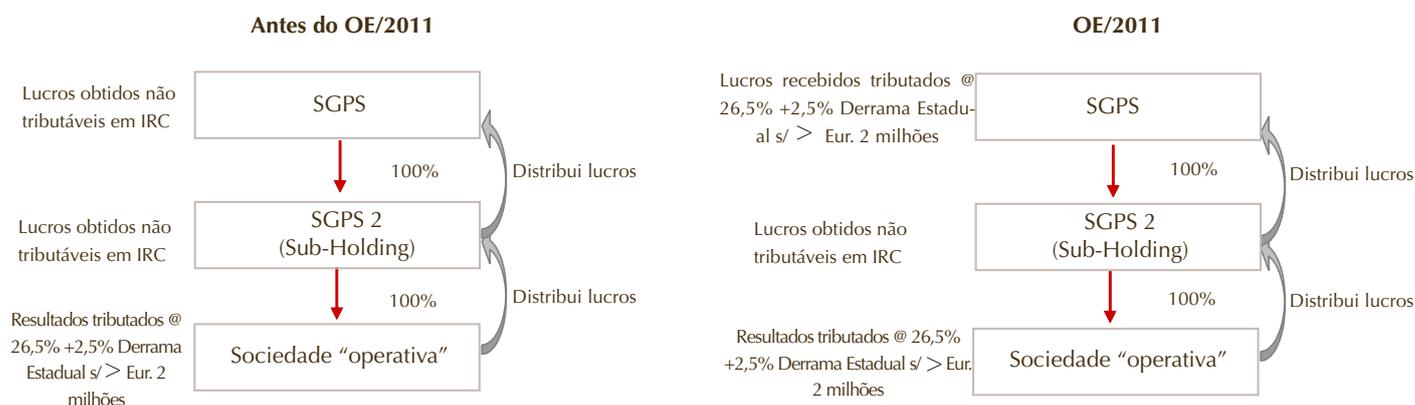
² De acordo com o disposto no artigo 51.º do Código do IRC, os rendimentos relativos a lucros distribuídos que estejam incluídos na base tributável das sociedades residentes em território Português são deduzidos na totalidade na determinação do lucro tributável, sempre que as seguintes condições se verificarem:

- A sociedade que distribui os lucros seja residente em território português e está sujeita e não isenta de IRC;
- A sociedade distribuidora não esteja abrangida pelo regime de transparência fiscal;
- A sociedade que recebe os lucros detenha uma participação directa no capital social da sociedade distribuidora de, pelo menos, 10%, desde que esta tenha permanecido na sua titularidade de modo ininterrupto pelo período de um ano, ou, se detida há menos tempo, a participação seja mantida por tempo suficiente de forma a completar aquele período;
- Os rendimentos de que provenham os lucros auferidos tenham sido previamente sujeitos a *tributação efectiva* na esfera da entidade pagadora dos rendimentos.

Nos termos do disposto no n.º 11 do artigo 51.º do código do IRC, a isenção em apreço é igualmente aplicável, nas mesmas condições, no caso de a sociedade que distribui os lucros ser residente num Estado-Membro da UE e desde que ambas as sociedades (pagadora e beneficiária dos lucros) cumpram as condições previstas estabelecidas no artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho entretanto alterada pela Directiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003), adiante designada por “Directiva Mães-Filhas”.

Como ponto de partida atente-se no seguinte exemplo:

DISTRIBUIÇÃO INTRA-GRUPO NOVA REALIDADE OU FICÇÃO?



Taxa de 26,5% = 25% IRC+ até 1,5% de Derrama Municipal calculada s/ o lucro tributável sujeito e não isento de IRC

O exemplo evidencia, desde logo, as seguintes dúvidas:

- Exige-se que a sociedade participada tenha pago imposto sobre os lucros distribuídos ou é apenas necessário que a mesma esteja subjectivamente sujeita a imposto e dele não isenta?
- Exige-se que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a *tributação efectiva* na esfera da sociedade que os distribuiu ou bastará que tenham sido tributados em níveis inferiores da cadeia de distribuição?
- Como deve aferir-se a *tributação efectiva* quando o resultado distribuível resultar da combinação da actividade directamente exercida e de lucros auferidos provenientes de sociedades participadas?
- Qual a taxa de *tributação efectiva* relevante para efeitos de se considerar verificada a *tributação efectiva*?

Da letra da lei, parece resultar que o conceito de *tributação efectiva* é utilizado por referência ao objecto (lucros) e não à entidade que os distribuiu ("a dedução só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a *tributação efectiva*").

Neste sentido, a *tributação efectiva* deve incidir sobre um determinado fluxo de lucros, e não sobre as entidades intervenientes na cadeia da sua distribuição.

Esta primeira conclusão suscita a questão de determinar se o cumprimento da nova exigência da *tributação efectiva* se afere por referência apenas à entidade pagadora dos lucros, ou, pelo contrário, devem ser considerados todos os níveis da respectiva cadeia de distribuição.

Do texto do relatório anexo à Proposta da LOE 2011 parece poder concluir-se que a intenção do legislador terá sido a de limitar o acesso ao mecanismo da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos aos casos em que estes tenham sido sujeitos a *tributação efectiva* na esfera apenas da sociedade que os distribuiu.

Porém, uma tal interpretação afigura-se contrária aos princípios enformadores do direito fiscal interno e, bem assim, das normas do direito fiscal comunitário que estão na origem do artigo 51.º do Código do IRC.

Com efeito, constitui pressuposto do mecanismo da dupla tributação económica que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a uma tributação prévia independente do seu montante e do nível da cadeia de distribuição em que a mesma ocorra, o

NOVO REGIME DE TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS

que é aliás é confirmado pelo entendimento da Administração Fiscal vertido no Parecer n.º 101/90 do CEF. Neste Parecer a Administração Fiscal reconhece que o mecanismo da dupla tributação económica tem como principal objectivo obstar a que os lucros, em princípio já anteriormente tributados, o voltem a ser em sede deste imposto: o regime visa precisamente impedir “que na cadeia de distribuição de um lucro, houvesse lugar a um acrescido ónus fiscal pelo facto de na mesma se integrar uma sociedade mãe”.

Por conseguinte, julgamos que a verificação da *tributação efectiva* deverá ser aferida tendo em atenção uma determinada cadeia de participações ao longo da qual flui o rendimento em apreço, devendo perscrutar-se, em qualquer um dos respectivos níveis, se os lucros foram, ou não, sujeitos ao pagamento de imposto (designadamente, por parte das sociedades operacionais, relativamente à actividade empresarial desenvolvida).

Intimamente conexa com esta, está a questão de saber como deve materializar-se a *tributação efectiva* dos lucros.

Não impondo a LOE 2011 qualquer limite mínimo de tributação – como o fez, por exemplo, o legislador no caso da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos pelos PALOP's - não deve o conceito de *tributação efectiva* deixar de ser interpretado à luz do direito comunitário e especificamente da Directiva Mãe-Filhas.

Ora, a mencionada Directiva não prevê qualquer limiar de tributação, ou sequer uma forma específica para a sua concretização (sendo por isso de afastar aqui todos os sistemas que visem um tratamento espartilhado ou segregado do lucro tributável, como sejam, por exemplo, os sistemas de “income boxes” ou de transparência fiscal/“look through”). Antes foi deixado aos Estados a capacidade de eliminarem a dupla tributação através de um de dois métodos: (i) o método da isenção, ou (ii) o método de crédito de imposto. Portugal optou claramente pelo método de isenção.

Ao optar pelo método da isenção, o sistema português posicionou-se claramente entre os regimes de *participation exemption* que procuram assegurar a neutralidade da interposição de sociedades em cadeia mediante a eliminação da tributação sucessiva de um mesmo rendimento. É precisamente este objectivo que distingue, e ao mesmo tempo afasta, o regime de *participation exemption* do regime de crédito de imposto.

Pela sua simplicidade, ao mesmo tempo que fomenta a liberdade de estabelecimento dos grupos económicos, o sistema de *participation exemption* não deixa de convidar à sindicância das situações potencialmente abusivas. Todavia, ao invés de permitir a inclusão de normas que, na sua essência, conduzem a situações de inversão do ónus da prova, o necessário controlo do sistema é assegurado através das normas anti-abuso, como sejam, no caso português, a norma geral anti-abuso, ou aquelas que prevêm o regime de transparência fiscal internacional e a subcapitalização.

Assim entendido, o requisito da *tributação efectiva* estará cumprido sempre e quando determinados lucros tenham sido sujeitos a imposto sobre o rendimento, ou a impostos de natureza idêntica ou similar, e esses lucros sejam incluídos na base tributável do sujeito passivo do IRC.

Só assim se poderá assegurar o carácter não discriminatório do regime, designadamente quando estejam em causa lucros provenientes de fonte nacional ou estrangeira.

3. Efeitos das alterações da LOE 2011 no regime fiscal das sociedades SGPS

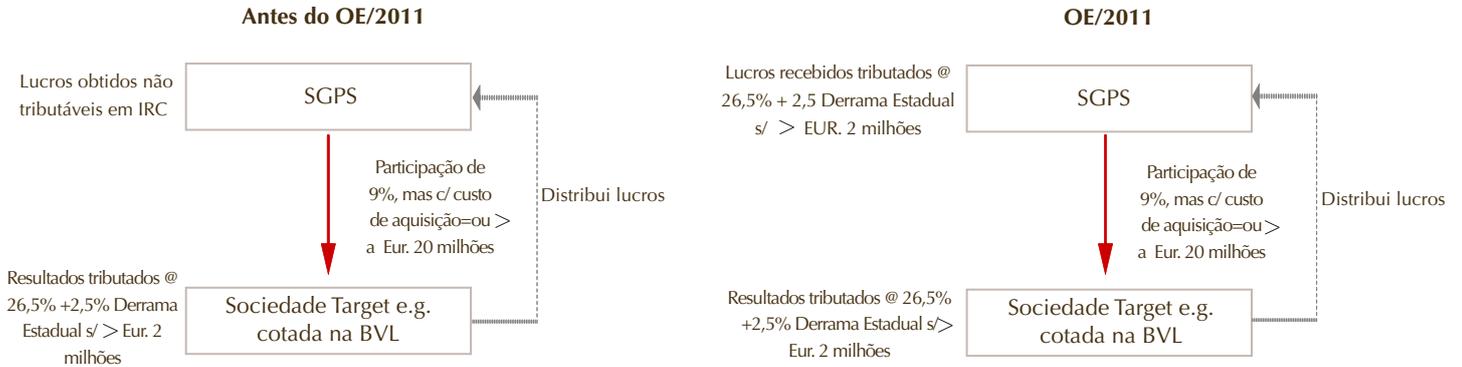
Como se sabe, até à entrada em vigor da LOE 2011, as sociedades SGPS aplicavam a isenção de imposto por dupla tributação económica, sem que a mesma estivesse condicionada ao requisito da percentagem de detenção.

Nos termos das alterações agora introduzidas, não só o “acesso directo” à aplicação da isenção deixou de se aplicar, como porventura mais grave, as SGPS passam ainda a estar sujeitas às mesmas condições aplicáveis às sociedades em geral.

Assim, para que as sociedades SGPS possam continuar a beneficiar da mencionada isenção de imposto, passa a ser necessário não só que os lucros tenham sido previamente sujeitos a *tributação efectiva*, como ainda que tais lucros provenham de participações representativas de, pelo menos, 10% do capital social das suas participadas (quando anteriormente o requisito poderia estar cumprido em alternativa pela detenção de uma participação com um custo de aquisição de, pelo menos, Eur. 20 milhões).

As alterações introduzidas podem ser ilustradas através do seguinte exemplo:

DISTRIBUIÇÃO POR SOCIEDADES ONDE A SGPS DETENHA % MINORITÁRIA



Taxa de 26,5% = 25% IRC+ até 1,5% de Derrama Municipal calculada s/ o lucro tributável sujeito e não isento de IRC

4. Comparação do regime fiscal das SGPS vs. sociedades comerciais “normais”

Ao perder um dos seus pilares, o regime fiscal aplicável às SGPS torna-se agora menos competitivo, como a seguir se demonstra:

	Lucros	Encargos financeiros	Mais-Valias	Actividades auxiliares
SGPS	Isentos desde que: - Participação =>10% - Sujeitos a <i>tributação efectiva</i> previa na esfera da entidade pagadora Tributados nos restantes casos à taxa de 26,5% + 2,5% de Derrama Estadual na parte que exceda Eur. 2 milhões	Não são dedutíveis quando associados à aquisição de partes de capital, e as mais-valias não sejam tributáveis Dedutíveis nos restantes casos (i.e., quando as mais-valias sejam tributáveis ou respeitem a financiamentos remunerados e afectos às participadas)	Não tributáveis, em sede de IRC, quando as partes de capital sejam detidas há mais de 1 ano (ou há mais de 3 anos em casos especiais) Tributados nos restantes casos, à taxa de 26,5% + 2,5% de Derrama Estadual na parte que exceda Eur. 2 milhões	Tributadas à taxa de 26,5% + 2,5% de Derrama Estadual na parte que exceda Eur. 2 milhões
Sociedades “normais”	Mesmo regime das SGPS	Dedutíveis sempre que os mesmos sejam enquadráveis no contexto das actividades exercidas (artigo 23.º do Código do IRC)	Tributáveis em sede de IRC, com possibilidade de recurso ao regime do reinvestimento do valor de realização, o que permite beneficiar de tributação reduzida em IRC (sobre 50% das mais-valias obtidas)	Tributadas à taxa de 26,5% + 2,5% de Derrama Estadual na parte que exceda Eur. 2 milhões

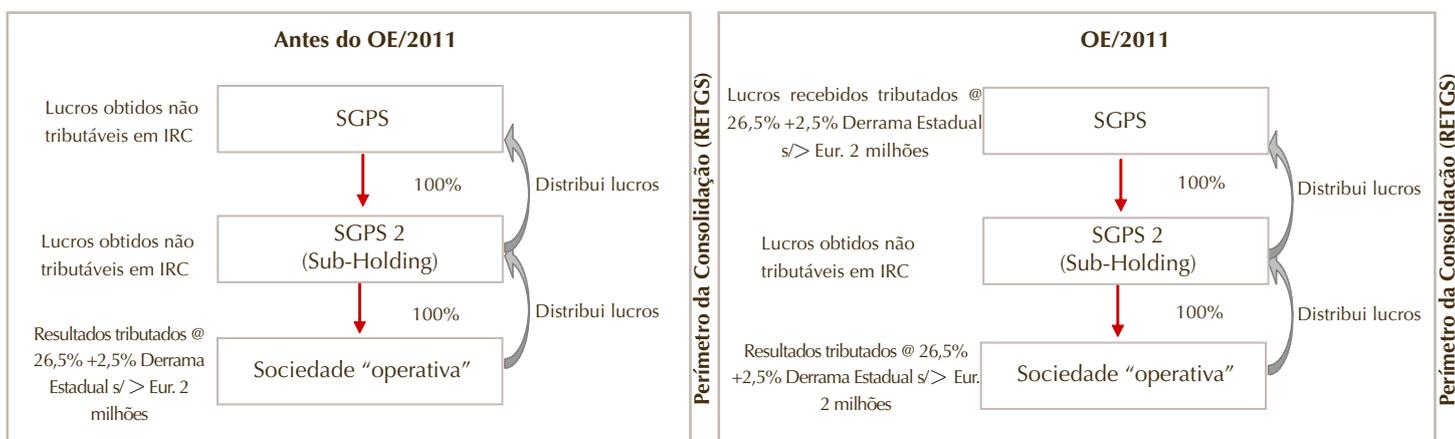
Taxa de 26,5% = 25% IRC+ até 1,5% de Derrama Municipal calculada s/ o lucro tributável sujeito e não isento de IRC

5. Efeitos das alterações da LOE 2011 no RETGS

Refira-se, por último, que, à luz das alterações introduzidas pela LOE 2011, deixam de poder ser desconsiderados para efeitos do apuramento do lucro tributável do “consolidado” os lucros distribuídos intra-grupo. Esta alteração constitui, porventura, o golpe final no regime de tributação dos grupos económicos, sem que se vislumbre qualquer justificação técnica relevante para a sua adopção. Refira-se, aliás, que esta prerrogativa, a manter-se, constituiria uma importante válvula de escape do sistema, permitindo mitigar os efeitos negativos associados ao novo regime.

A alteração introduzida pode ser ilustrada através do seguinte exemplo:

DISTRIBUIÇÃO INTRA-GRUPO COM RETGS



Taxa de 26,5% = 25% IRC+ até 1,5% de Derrama Municipal calculada s/ o lucro tributável sujeito e não isento de IRC

III. CONCLUSÕES

As alterações introduzidas pela LOE 2011, quer pela incerteza que encerram quanto à interpretação e aplicação prática do conceito de *tributação efectiva*, quer pela redução da competitividade fiscal das sociedades SGPS, traduzem-se num factor perturbador dos modelos clássicos de organização dos grupos portugueses.

Acresce que o regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos poderá agora conduzir a resultados distintos consoante o modelo organizativo adoptado, ao arrepio do princípio da equidade fiscal.

Urge, por isso, acompanhar de perto as iniciativas que a Administração Fiscal possa vir a adoptar, desejavelmente a breve prazo, tendo em vista o esclarecimento das dúvidas suscitadas pelas alterações da LOE 2011 e, no limite equacionar medidas destinadas a repor os graus de segurança e certeza jurídicas na tributação intra-grupo dos lucros, evitando situações desnecessárias de contencioso fiscal.

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte **João Magalhães Ramalho** - joao.magalhaesramalho@plmj.pt ou **Nuno da Cunha Barnabé** - nuno.cunhabarnabe@plmj.pt.